

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit de communication et webcasting

Bodson, Loïc

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Bodson, L 2005, 'Droit de communication et webcasting: le droit de mise à disposition du public face à l'interactivité', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 21, p. 7-23.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DOCTRINE

Droit de communication et webcasting: le droit de mise à disposition du public face à l'interactivité¹

Loïc BODSON²

L'avènement des réseaux numériques a opéré d'importants changements dans le domaine de la radiodiffusion, et a notamment créé un nouveau type de diffusion de contenus, le *webcasting*, c'est-à-dire la transmission de contenus en continu sur Internet. À présent, n'importe quelle personne connectée à Internet est en mesure d'écouter le contenu qu'elle désire quand elle le désire. C'est ce que l'on appelle l'interactivité, et c'est en cela que le *webcasting* présente de nombreuses différences techniques par rapport à la radiodiffusion par voie hertzienne.

Ces différences techniques ont-elles des répercussions sur la qualification juridique de ce nouveau média? La réponse à cette question est assurément positive, mais sur le plan juridique, il faut se garder d'envisager le *webcasting* comme un mode de diffusion différent de la radio traditionnelle. En effet, certaines formes de radiodiffusion sur Internet peuvent être comparées à la diffusion hertzienne, ce qui permet de les

rapprocher sur le plan juridique. C'est ce que cette contribution tend à prouver.

Il est vrai qu'une importance accrue est accordée à l'interactivité depuis l'adoption des Traités OMPI de 1996, puisqu'un nouveau droit y est attaché: le droit de mise à disposition du public. Ce droit, qui est relié au droit de communication, permet de prendre en compte les communications réalisées à la demande («on-demand communications»). Cependant, il importe d'adopter le bon point de vue afin d'évaluer si une communication est interactive ou non, distinction qui risque de poser quelques problèmes, notamment face au *webcasting*. Cet article propose une façon d'envisager le lien entre *webcasting*, droit de communication et droit de mise à disposition.

Avant de traiter du sens à donner au terme «interactivité» et de procéder par là à la qualification juridique du *webcasting*, il importe d'exposer quelques

1. L'auteur de cet article tient à remercier Séverine DUSOLLIER et Alexandre CRUQUENAIRE pour leurs relectures attentives et leurs conseils avisés. Il tient également à remercier Fabienne BRISON, Benoît MICHAUX et Hakim HAOUIDEG pour les échanges de vues et le temps qu'ils ont bien voulu lui consacrer.
2. Chercheur au CRID.

développements techniques. Après ces développements, un bref aperçu des sources internationales, européennes et belges dans le domaine du droit de communication et de ses corollaires

permettra de mettre en avant les aspects techniques qui sont appréhendés par le droit. Enfin, sur base de ces textes législatifs, la qualification juridique du *webcasting* sera opérée.

1. Aspects techniques

Tout d'abord, le *webcasting* doit être soigneusement distingué de la radiodiffusion numérique, car leurs caractéristiques techniques sont totalement différentes.

La radiodiffusion numérique ou «digital audio broadcasting» (DAB)³ utilise les mêmes techniques d'acheminement du signal que la radiodiffusion traditionnelle, à savoir la transmission «point-to-multipoint»⁴ par voie hertzienne, par câble ou par satellite. La différence se situe plutôt au niveau du signal qui, dans le cas de la radiodiffusion numérique, sera digitalisé, c'est-à-dire codé sous la forme d'une suite de bits pour être ensuite compressé⁵. Lors de la réception, l'auditeur a accès au programme ainsi transmis grâce à un décodeur, à savoir un outil de décodage et de décompression du signal.

Grâce à la compression, la radiodiffusion numérique offre donc plusieurs

avantages qu'il n'est pas utile de développer dans le cadre de cet article: économie du nombre de fréquences disponibles, possibilité de diversifier l'offre de programmes (ce qu'on appelle le «multichaînes») et les services «à la demande», qualité de son supérieure, etc.⁶. Jusqu'à présent, la radiodiffusion numérique est assez peu répandue dans le grand public, comparé au succès que rencontre sa sœur jumelle, la télédiffusion numérique ou «digital video broadcasting» (DVB)⁷.

Le *webcasting* est quant à lui un mode de transmission numérique, via Internet. En d'autres termes, il s'agit du codage, de la compression et de la transmission de programmes radio (son) ou télé (son et images), mais aussi d'images, de textes et de toute une série de données relatives aux contenus ainsi transmis, directement sur le réseau⁸. Lors de la réception, ces programmes sont décodés par un logiciel

3. Au départ, les initiales «DAB» désignent une des normes techniques de transmission dans le domaine de la radiodiffusion numérique (à savoir, la «radio numérique de terre»), au côté d'autres normes telles que la DRM («digital radio mondiale»), ou encore la radio numérique directe par satellite (système «World Space»). Il apparaît cependant que le terme «DAB» est souvent utilisé pour viser la radiodiffusion numérique, toutes techniques de transmission confondues.
4. Voy. Comité permanent OMPI du droit d'auteur et des droits connexes, *La protection des organismes de radiodiffusion*, doc. SCCR/7/8 du 4 avril 2002, pp. 5 et 12, qui définit le *point-to-multipoint* comme le «Procédé par lequel un même signal, provenant d'une même source, est transmis à une multitude de consommateurs. Tous les points terminaux doivent recevoir ce signal pratiquement au même moment. (...) Ce procédé se distingue des transmissions 'point à point', qui intéressent les consommateurs individuellement».
5. On peut donc qualifier la radiodiffusion classique de «transmission radio-analogique», par opposition à la radiodiffusion numérique qui serait de la «transmission radio-numérique». Pour plus de détails, voy. Comité permanent OMPI du droit d'auteur et des droits connexes, *La protection des organismes de radiodiffusion*, op. cit., p. 8; H. HUDRIER, «Radio: l'avenir, c'est le numérique», *Universités*, 1997, pp. 13-14; A. COUTARD, *L'avenir de la radio à l'ère numérique – Rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication*, septembre 2001, disponible sur <http://www.culture.fr/culture/actualites/rapports/coutard/coutard.pdf>.
6. Pour plus de détails, voy. A. COUTARD, op. cit., pp. 29 et s.
7. On parle plus souvent de «télévision satellite» ou de «télévision numérique».
8. Il est utile de noter que la présente contribution s'intéresse uniquement aux hypothèses de *webcasting* qui acheminent du son, et plus précisément aux diffuseurs de programmes radio sur Internet (les «webradios»).

(le «player») qui permet d'avoir effectivement accès au son ou aux images ainsi distribués. Le trait marquant du *webcasting* est qu'il s'agit de «lecture en transit en temps réel» ou «streaming»⁹: l'utilisateur reçoit le contenu transmis au fur et à mesure qu'il est injecté dans le réseau, sans en conserver de copie durable¹⁰. Le *streaming* permet donc d'avoir accès à un fichier via le réseau sans avoir besoin au préalable de le télécharger.

Contrairement à la radiodiffusion numérique, le *webcasting* est un procédé technique «point à point» en ce qu'il existe «une liaison virtuelle par usager, qui permet une lecture en transit parallèle point à point pour chacun des abonnés», même si ceux-ci reçoivent chacun un contenu différent¹¹. À l'instar de la radiodiffusion numérique, le *webcasting* offre la possibilité

d'avoir accès à des services à la demande extrêmement spécialisés (chaînes thématiques ne diffusant que de l'information ou spécialisées dans un genre musical précis...).

Le *webcasting* présente au moins deux avantages par rapport à la radio-diffusion numérique, ce qui explique son succès (aussi bien au niveau de l'offre que de la demande). Tout d'abord, il s'agit d'un type de diffusion «on-line», ce qui veut dire que le *webcasting* n'est nullement tributaire du nombre de fréquences disponibles et des autorisations y relatives. Ensuite, il offre des facilités d'accès supérieures: pour écouter les programmes d'une «webradio», nul n'est besoin d'acheter un décodeur. Il suffit de se procurer le logiciel adéquat, généralement disponible gratuitement¹².

9

2. Droit de communication, radiodiffusion et mise à disposition: bref aperçu des sources internationales, communautaires et belges

1. Les sources internationales

Au niveau international, le droit d'auteur est réglé avant tout par la Convention de Berne¹³ et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur¹⁴.

La Convention de Berne n'offre pas

de droit de communication uniforme, mais propose plutôt une panoplie de droits s'appliquant chacun à différentes œuvres. En effet, la Convention a été modifiée de manière assez régulière dans le but de l'adapter à l'évolution technologique (et donc à la radiodiffusion, à la photographie, à la cinématographie).

9. Pour plus de détails d'ordre technique, voy. F. KOZAMERNIK, «Média en continu sur internet», *Rev. technique de l'UER*, 2002, disponible sur <http://www.ebu.ch/>.
10. Pour être précis, le *player* va tout de même réaliser une copie éphémère dans une partie de la RAM (la mémoire vive de l'ordinateur). Il s'agit d'une «mémoire tampon» ou «buffer» qui permet la récolte et la lecture simultanée des informations sollicitées. En effet, ces dernières étant constituées de différents «paquets de données» qui ne sont pas spécialement transmis dans un ordre logique, la création d'une mémoire tampon permet d'ordonner lesdits paquets et de reconstituer l'information avant qu'elle ne soit lue par le *player*.
11. Comité permanent OMPI du droit d'auteur et des droits connexes, *La protection des organismes de radiodiffusion*, op. cit., p. 12.
12. A. MORRISON et L.E. GILLIES, «Securing Webcast Content in the European Union: Copyright, Technical Protection and Problems of Jurisdiction on the Internet», *E.I.P.R.*, 2002, p. 74; A. COUTARD, op. cit., p. 35; F. KOZAMERNIK, «Radiodiffuseurs et webcasting», *Rev. technique de l'UER*, 2002, disponible sur <http://www.ebu.ch/>.
13. Conv. d'Union de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886.
14. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996.

graphie ou à la télévision). Cette «prolifération» s'explique donc par le fait qu'un nouveau droit a été inscrit à la Convention chaque fois que la technique permettait de procéder à une nouvelle forme de communication¹⁵.

Les articles 11 et 11^{ter} de la Convention de Berne instaurent un droit exclusif en cas de transmission publique «par tous moyens» d'une représentation (théâtre, chorégraphie, opéra), d'une exécution (musique) ou d'une récitation (lecture d'un texte). Par contre, sont par nature exclus de ces articles les œuvres d'art visuel (les photos, les graphismes, les sculptures, les dessins, etc.), les œuvres littéraires (romans, nouvelles, etc.) sous leur forme textuelle¹⁶, et les logiciels ou les bases de données¹⁷.

La transmission visée par ces articles doit être réalisée «par fil», notamment par une connexion internet¹⁸ ou la télévision par câble, les transmissions «sans fil» étant couvertes par l'article 11^{bis}, qui couvre les hypothèses de radiodiffusion (art. 11^{ter}, al. 1, 1^o) et de retransmission lorsque celle-ci est effectuée par un autre organisme que celui d'origine (art. 11^{ter}, al. 1, 2^o). La distinction est importante puisque les articles 11 et 11^{ter} instaurent un droit exclusif absolu, tandis que l'article 11^{bis} laisse la possibilité aux États de recourir à un régime de licence obligatoire (voy. art. 11^{bis}, al. 2) en lieu et place du droit exclusif.

Pour remédier au trop grand morcellement du droit de communication dans la Convention de Berne, et à l'inévitable vieillissement face à l'évolution technologique qui en découle, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur affiche une volonté très nette de modernisation et d'adaptation aux communications réalisées dans un environnement digital. L'article 8 du Traité contient deux avancées majeures: la formulation d'un droit général de communication et l'inclusion dans son champ d'application de la «mise à disposition».

Première avancée, le droit général de communication au public, droit exclusif, contenu dans le Traité («... les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil...»), qui a vocation à s'appliquer à tout type de communication («toute communication au public... par fil ou sans fil») et à tout type d'œuvres («les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques...»). Il s'agit incontestablement d'un pas en avant, car les hypothèses auparavant non couvertes par la Convention de Berne le deviennent grâce au Traité sur le droit d'auteur¹⁹. De plus, il apparaît clairement dans cette disposition que les transmissions numériques entrent dans le champ du droit de communication au public²⁰.

Seconde avancée majeure contenue dans l'article 8 du Traité sur le droit

15. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001, p. 902, n° 1113.

16. La «récitation» d'œuvres littéraires est couverte par l'art. 11^{ter} (cf. *infra*).

17. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, «The WIPO Treaties 1996», *The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty, Commentary and Legal Analysis*, London, Butterworths, 2002, p. 104, n° 9; M. FICSOR, *The law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 494, n° C8.03.

18. M. FICSOR, *op. cit.*, p. 157, n° 4.19.

19. ...à savoir, en premier lieu, la transmission par câble d'œuvres qui ne sont pas dramatiques ou musicales, comme les programmes d'ordinateur ou les bases de données, et en second lieu, la retransmission d'une radiodiffusion par un organisme qui est à l'origine de la radiodiffusion originale, sont dorénavant couvertes par l'art. 8 du Traité. Voy. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 104, n° 9; M. FICSOR, *op. cit.*, p. 494, n° C8.03, selon qui, «as regards the right of communication to the public, the elimination of the casuistic gaps in the Convention has taken place through the adoption of Article 8».

20. A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 137, n° 269.

d'auteur, l'inclusion dans la définition du droit de communication du concept de « mise à disposition ». Il ne s'agit pas d'une prérogative supplémentaire accordée aux auteurs, mais bien d'une hypothèse couverte par le droit général de communication (voy. le texte: «...y compris...»). Il faut souligner la formulation totalement « technologiquement neutre », qui ne donne aucune définition et ne fait nullement référence au concept d'interactivité ou au mode de transmission qui aboutit à la mise à disposition. Il suffit que deux conditions cumulatives soient remplies: l'accès « à la demande » doit être possible « de l'endroit » ET « au moment » choisi par le destinataire de la communication²¹.

La déclaration commune attachée à cet article énonce également que « la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au sens du présent traité ou de la Convention de Berne ». Cette première phrase de la déclaration commune indique que l'article 8 est adopté sans préjudice de ce qui serait déjà prévu par les lois nationales en matière de responsabilité des intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès à Internet ou sociétés de télécommunication)²². Il semble donc que les intermédiaires techniques qui opèrent dans le cadre d'Internet ne posent pas un acte de communication en relayant les transmissions réalisées via leurs installations. Ceci impliquerait donc que l'auteur d'un acte de communication sur l'internet sera celui ou celle qui « injecte » le contenu dans le réseau (par exemple, en déposant un fichier

sur un serveur et en le mettant à disposition, ou en ayant recours à toute autre technique d'*upload*).

Les droits voisins sont quant à eux protégés au niveau international par la Convention de Rome²³, qui impose aux États d'adopter une protection en faveur des interprètes permettant de « mettre obstacle » (*sic*) à la radiodiffusion et à la communication au public de leurs exécutions (art. 7, § 1^{er}, a). Cet article n'instaure donc pas un droit exclusif à proprement parler. Cette formulation étrange s'explique par le fait qu'à l'époque, les États ayant participé à l'élaboration de la Convention voulaient utiliser une terminologie aussi neutre que possible, afin de ne pas remettre en cause les mécanismes de protection qui se situaient en dehors du droit d'auteur, et qui étaient d'application dans certaines lois nationales²⁴. Elle impose ensuite de « pourvoir à la protection » contre une série d'actes (art. 7, § 2, 1^o). Il faut noter que le § 2, 1^o, dont la formulation est encore moins contraignante que celle du § 1, a), autorise le recours à un régime de licence obligatoire. La mise en œuvre de cet article appartient donc aux États, suivant des modalités qui sont laissées à leur libre appréciation.

La Convention prévoit également qu'en cas de communication d'un phonogramme, une rémunération équitable doit être versée à l'artiste et/ou au producteur (art. 12). Il ne s'agit pas d'un droit exclusif, mais d'une forme de licence obligatoire qui, par définition, empêche son bénéficiaire de s'opposer à la communication de son travail. Il n'a pas été jugé utile d'instaurer un

21. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 108, n° 17.

22. *Ibid.*, p. 112, n° 22; M. FICSOR, *op. cit.*, p. 509, n° C8.24.

23. Conv. internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, approuvée par la loi du 25 mars 1999, M.B., 10 novembre 1999, p. 41901.

24. Ainsi, M. FICSOR cite des exemples donnés par C. MASSOUYÉ: « law of employment, of personality, of unfair competition or unjust enrichment, etc. » (M. FICSOR, *op. cit.*, p. 619, n° PP6.02).

droit exclusif en raison du fait qu'à l'époque, la diffusion de musique à la radio était considéré comme un marché secondaire par rapport aux ventes de disques dans le commerce, alors considérées comme le mode d'exploitation le plus important²⁵. L'article 12 vise les communications par fil et sans fil («radiodiffusion... ou... communication quelconque au public»), ce qui englobe tant les communications réalisées par les organismes de radiodiffusion que celles qui sont faites dans les lieux publics (bars, discothèques, commerces, salles de concert, etc.). Cependant, pour donner lieu à la rémunération équitable, l'utilisation du phonogramme doit être «directe»: elle s'applique donc «à tous les usages impliquant une manipulation directe du phonogramme»²⁶, comme la programmation d'un disque par une radio ou la diffusion d'un disque par un cafetier, ce qui exclut notamment les retransmissions (par fil ou sans fil) ou l'hypothèse du cafetier qui se contente de diffuser une émission radio²⁷.

Enfin, la Convention de Rome fait en sorte que les radiodiffuseurs disposent d'une protection bien plus large que les artistes interprètes ou les producteurs, puisque l'article 13 leur reconnaît un droit exclusif («droit d'autoriser ou d'interdire») dans deux hypothèses qui ne seront pas développées ici.

Un autre Traité de l'OMPI a été adopté en 1996 et concerne plus parti-

culièrement les interprétations et exécutions et les phonogrammes²⁸. Il s'ajoute donc, là où les pays l'ont ratifié, aux règles prévues par la Convention de Rome en matière de droits voisins. L'article 3, f), de ce Traité donne une définition de la notion de «radiodiffusion», à savoir «la transmission sans fil de sons ou d'images et de sons, ou des représentations de ceux-ci, aux fins de réception par le public; ce terme désigne aussi une transmission de cette nature effectuée par satellite (...)»²⁹.

L'adoption de ce Traité marque un net progrès au niveau de la protection des titulaires de droits voisins. Tout d'abord, le Traité remplace la formulation peu contraignante de l'article 7, § 1, a), de la convention de Rome³⁰ par un véritable droit exclusif en faveur des interprètes (Traité, art. 6). Ensuite, les articles 10 et 14 consacrent la «mise à disposition» en faveur des interprètes et des producteurs. Cependant, à la différence de l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur, il s'agit ici d'un droit exclusif à part entière, sans qu'il ne soit conçu comme faisant partie du droit de communication. Ce droit s'applique aux interprétations ou exécutions fixées (art. 10) et aux phonogrammes (art. 14). Ces articles ont donc pour but de conférer un droit exclusif aux titulaires de droits voisins face aux transmissions digitales «à la demande». Le droit de mise à disposition ainsi formulé est également technologiquement parfaitement neutre.

25. Voy. S. DUSOLIER, «Internet et droit d'auteur», actualité du 7 mai 2001, <http://www.droit-technologie.org>, p. 15: «La musique était alors utilisée par les radios et télévisions comme une toile de fond, sans que cette utilisation ne puisse réellement concurrencer l'achat de disques dans le commerce, exploitation primaire des phonogrammes».

26. F. BRISON, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Gent, Larcier, 2000, p. 72, n°160; A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, p. 934, note 187; M. FICSOR, *op. cit.*, p. 636, n° PP15.04, qui explique cependant la signification du terme «directe» d'une autre façon: «the intention behind using this adjective was to make it clear that rebroadcasting –and obviously any other transmission– is excluded from the scope of the right». Sous un angle pratique, il semble donc que les implications sont les mêmes.

27. F. BRISON, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, *op. cit.*, p. 72, n° 160.

28. Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adopté par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996.

29. M. FICSOR, *op. cit.*, p. 600, n° PP2.18; J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 267, n° 58.

30. Conv. Rome, art. 7, § 1: «La protection prévue par la présente Convention en faveur des artistes interprètes ou exécutants devra permettre de mettre obstacle...».

L'article 15 du Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes est de la même nature que l'article 12 de la Convention de Rome : il s'agit d'accorder une rémunération équitable aux interprètes et aux producteurs en cas de radiodiffusion ou de communication au public de leurs phonogrammes publiés à des fins de commerce.

2. Les sources communautaires

Au niveau européen, plusieurs directives reprennent le prescrit des Conventions de Berne et de Rome et celui des Traités OMPI de manière assez fidèle. Il faut notamment mentionner la directive 92/100/CEE du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur³¹, qui est une copie quasi textuelle des dispositions de la Convention de Rome (voy. l'art. 8 de la Dir.) et la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information³², qui intègre les dispositions des Traités OMPI de 1996.

3. Les sources belges

Pour terminer ce rapide tour d'horizon des sources du droit de communication, il convient d'aborder le cadre réglementaire belge. La Belgique est partie à tous les textes internationaux examinés ci-dessus. Elle les a également tous ratifiés, à l'exception des Traités OMPI. Les directives citées au paragraphe précédent ont également

été intégrées en droit interne, sauf en ce qui concerne la directive «droit d'auteur» pour laquelle la Belgique accuse un certain retard, puisque celle-ci devait être transposée pour le 22 décembre 2002 au plus tard (Dir., art. 13, § 1). La loi qui règle la matière du droit d'auteur est la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (LDA)³³, qui remplace l'ancienne loi du 22 mars 1886³⁴. En matière de droit de communication au public, elle prévoit des dispositions en faveur des auteurs, et d'autres en faveur des titulaires de droit voisins.

La loi de 1994 dispose que «l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque» (art. 1^{er}, § 1^{er}, al. 4). Il faut donc remarquer que dès l'adoption de la loi, et sans avoir eu besoin de modifier le texte de cet article dont la formulation est tout à fait générale, le titulaire de droit peut faire valoir son droit exclusif à chaque étape de la communication au public³⁵.

Il est donc à présent communément admis que ce droit couvre aussi bien la représentation ou l'exécution d'une œuvre «sur scène» que les communications au public via des modes techniques de transmission tels que la radiodiffusion, la communication par satellite et les modes de diffusion sans fil, la transmission et la retransmission par câble et les modes de diffusion par fil, la communication de la retransmission dans un lieu public (par haut-parleur ou par un procédé analogue), mais aussi les transmissions numéri-

31. Dir. 92/100/CEE du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur, J.O.C.E., n° L 346 du 27 novembre 1992, p. 65 (ci-après «directive droits voisins»).

32. Dir. 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O.C.E., n° L 167 du 22 mai 2001, p. 10 (ci-après «directive droit d'auteur»).

33. L. 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, M.B., 27 juillet 1994, pp. 19297-19314.

34. L. 26 mars 1886 sur le droit d'auteur, M.B., 26 mars 1886.

35. Voy. not. Cass., 25 juin 1982, R.I.D.A., 1983, n° 118, p. 234.

ques³⁶. En effet, depuis l'arrêt «Central Station»³⁷, il est unanimement admis que les transmissions en ligne sont des «communications au public», malgré le fait qu'elles sont réalisées de point à point, et qu'elles peuvent également l'être à la demande³⁸. L'intégration prochaine dans la loi belge du droit de mise à disposition contenu dans l'article 3 de la directive «droit d'auteur» devrait d'ailleurs consacrer cette précision apportée quant à l'étendue du droit de communication.

La loi belge consacre également plusieurs dispositions aux titulaires de droits voisins. L'article 35, § 1^{er}, alinéa 3, énonce que l'artiste interprète ou exécutant «a seul le droit de communiquer sa prestation au public par un procédé quelconque». Ce droit exclusif est donc formulé de la même manière que le droit de communication au public accordé aux auteurs. De plus, à l'instar des auteurs, les interprètes profitent également du droit exclusif instauré par l'article 51 en cas de retransmission par câble.

Cependant, lorsque la communication a lieu au départ d'une prestation qui a été précédemment reproduite ou radiodiffusée, la loi prévoit une licence obligatoire qui ne permettra donc pas à l'interprète de s'opposer à la communication au public de sa prestation. Moyennant quelques aménagements propres à la loi belge, il s'agit précisément de l'application du régime de la licence obligatoire qui est prévu dans la Convention de Rome et la directive

«droits voisins». L'article 41 couvre deux types d'usages. Tout d'abord, la communication d'une prestation dans un lieu public, d'une reproduction licite (un disque p. ex.) ou d'une radiodiffusion licite. Cela veut donc dire que, moyennant le respect de deux conditions cumulatives, à savoir l'utilisation de la prestation en dehors d'un spectacle et la gratuité de la communication, le commerçant qui fait fonctionner une radio dans sa boutique ou le cafetier qui passe un disque dans son bar sera redevable de la rémunération équitable. Si l'une de ces conditions n'est pas vérifiée, l'interprète a le droit d'opposer son droit exclusif à l'utilisation de sa prestation³⁹. Ensuite, cet article couvre également la radiodiffusion d'une prestation à partir d'une reproduction licite ou à partir d'une radiodiffusion licite. Il s'agit donc de retransmissions («la radiodiffusion d'une radiodiffusion licite»), les transmissions «d'origine» (p. ex. la radiodiffusion d'un concert donné par l'interprète) restant liées au droit exclusif de l'article 35, § 1^{er}, alinéa 3.

L'article 41, 2°, pose toutefois une question qui n'est pas sans intérêt en ce qui concerne le *webcasting*: que faut-il entendre par «radiodiffusion» d'une prestation? La loi sur le droit d'auteur ne contenant aucune définition⁴⁰, quelques indications peuvent être trouvées dans la Convention de Rome et dans la directive «droits voisins», dont est issu l'article 41. Or, dans ces textes, le terme de «radiodiffusion» couvre les techniques de communication sans fil (en ce compris les communications sa-

36. Voy. l'énumération non limitative qui est contenue dans les travaux parlementaires: rapport De Clerck, Doc. parl., Ch. Repr., S.E. 1991-1992, n° 473/33, p. 64 (ci-après «rapport De Clerck»).

37. Prés. Civ. Bruxelles (réf.), 16 octobre 1996, A. & M., 1996, p. 426, conf. par Bruxelles, 28 octobre 1997, A. & M., 1997, p. 383.

38. Voy. not. A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 63, n° 56; F. de VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 125, n° 149 et note 256.

39. F. BRISON, «Le chapitre 2 de la loi sur le droit d'auteur: des droits voisins», *R.D.C.*, 1996, pp. 4-27, spéc. p. 21.

40. Rapport DE CLERCK, p. 60, qui explique que celles-ci «restreignent trop fortement les possibilités d'interprétation de la jurisprudence, et ce, surtout lorsqu'il s'agit d'une matière aussi changeante que le droit d'auteur».

tellites). Il n'en reste pas moins que certains auteurs semblent lui donner une portée plus large⁴¹, et que la discussion qui a lieu à propos de la signification de ce terme dans les travaux préparatoires est assez embrouillée...⁴². Quoi qu'il en soit, si l'on met les articles 41 et 51 de la loi de 1994 en parallèle, il ressort que la rémunération équitable n'est due que dans l'hypothèse d'une retransmission réalisée sans fil, tandis que les retransmissions par câble restent liées au droit exclusif, conformément à l'article 51.

Pour le reste, la loi belge prévoit également des dispositions en faveur des producteurs (droit exclusif «de communiquer au public par un procédé quelconque le phonogramme ou la première fixation du film» – art. 39, al. 4 – et rémunération équitable – art. 41) et des radiodiffuseurs (droit exclusif de communication – art. 44, § 1^{er})⁴³.

Pour terminer cet examen du champ d'application du droit de communication, il convient de dire quelques mots à propos de l'exception contenue à l'article 22, 3°, de la LDA qui autorise «la communication gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille». En effet, s'agissant du droit de communication, les textes internationaux et communautaires renvoient expressément aux droit nationaux en ce qui concerne

la délimitation entre sphère publique et sphère privée. La notion de «cercle de famille» doit permettre de cerner avec précision l'étendue de la communication au public: par définition, tout acte rendant une œuvre perceptible est une «communication au public» à moins que cet acte n'ait lieu dans le cadre du cercle de famille. En parallèle avec l'article 22, 3°, il faut également noter que l'article 46 prévoit un exception opposable aux titulaires de droit voisins et qui peut être invoquée en cas de communication dans le cercle de famille «ou dans le cadre d'activité scolaires». Il reste néanmoins à définir les limites de la notion de «cercle de famille».

Si l'on se réfère aux travaux préparatoires de la LDA, le cercle de famille est une notion de stricte interprétation, qui ne peut en aucun cas être assimilée à l'exécution privée dans le cadre par exemple d'une école ou d'une ASBL⁴⁴. Les travaux préparatoires ne sont d'aucun secours en ce qui concerne la délimitation de la notion de «cercle de famille», et il appartient donc à la jurisprudence de préciser cette notion... ce qui contribue parfois à rendre le contour de cette exception encore plus flou. En effet, certaines décisions de la Cour de cassation font une application stricte de l'exception et vont jusqu'à condamner des commerçants dont la radio se situe

41. F. BRISON, *Het naburige recht van de uitvoerende kunstenaar*, op. cit., n° 924, p. 407; *id.*, «Le chapitre 2 de la loi sur le droit d'auteur: des droits voisins», op. cit., p. 21.

42. Voy. le rapport DE CLERCK, pp. 247-248, dans lequel, dans l'ordre, on parle d'abord de «concept classique, internationalement entendu dans un sens large» recouvrant également le câble. Puis on rappelle que la définition qui était contenue dans la proposition Lallemant parlait de «radiocommunication», ce qui exclut les techniques par fil. On évoque également la possibilité «d'inscrire dans un article de la loi le principe suivant lequel la diffusion par câble ou satellite tombe sous le champ d'application de la radiodiffusion», possibilité qui semble être abandonnée en raison du fait que «la radiodiffusion implique des modes de communication de programmes, à l'exclusion de la transmission par câble». Bizarrement, il est ensuite mentionné que la Convention de Rome définit ce terme, mais que la définition «n'est plus d'actualité», alors même que l'article dont il est discuté provient de ladite Convention (!). Pour terminer, la directive «câble-satellite» fait l'objet d'une interprétation étrange, en ce qu'il est dit que «celle-ci évoque les techniques de communication soit par satellite, soit par câble, soit par voie hertzienne, étant entendu que le terme générique est celui de radiodiffusion» (!!).

43. Il faut cependant noter que l'intégration prochaine dans la loi belge du droit de mise à disposition devrait également profiter aux radiodiffuseurs, conformément à l'art. 3 de la directive «droit d'auteur». Cela leur permettra notamment de s'opposer à la retransmission à la demande de leurs émissions via Internet.

44. Rapport De Clerck, p. 192.

«derrière le comptoir»⁴⁵, tandis que d'autres décisions émanant de la même Cour interprètent plus largement la notion et assimilent notamment une maison de repos au cercle de famille⁴⁶. Plusieurs auteurs plaident d'ailleurs à juste titre pour une interprétation plus large de cette notion, qui permettrait d'appliquer l'exception, d'une part, dans «tout groupe qui est réellement fermé et uni par un lien

social particulier (familial, professionnel, amical, voire même «mondain» s'il est effectivement privé)⁴⁷ et, d'autre part, dans le cas de communications publiques «qui ne sont qu'occasionnellement, souvent accidentellement, audibles par le public»⁴⁸ et pour lesquelles il appartiendrait au juge du fond d'apprécier si leur objet est bien de rendre l'œuvre publique⁴⁹.

3. Position de la question et qualification juridique du webcasting

1. Position de la question

Pour qualifier juridiquement le *webcasting*, il importe de mettre en avant les aspects techniques qui vont influencer la qualification juridique. Il s'agit donc de déterminer les aspects techniques qui ont un effet sur la nature du droit, à savoir droit exclusif ou rémunération équitable, qu'un auteur ou un titulaire de droit voisin va pouvoir invoquer face au *webcasting*.

Au regard des développements exposés au point précédent, il semble que deux types d'éléments techniques doivent être pris en compte. D'une part, il s'agit de déterminer si la communication a lieu «par fil» (câblodistribution, ligne téléphonique, fibre optique, etc.) ou «sans fil» (voie hertzienne, satellite, etc.). D'autre part, il s'agit de vérifier si

la «mise à disposition de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement» est effective ou non. Il convient de développer ces deux distinctions.

Tout d'abord, le type de vecteur («par fil» ou «sans fil») va avoir une influence sur la nature du droit accordé à l'auteur ou au titulaire de droit voisin. Il ressort en effet des différents textes analysés ci-avant que le droit exclusif ou la rémunération équitable s'applique en fonction de la technique de diffusion. Internet est un réseau constitué d'installations câblées (p. ex. : lignes téléphoniques, réseau de télédistribution, lignes optiques, etc.), mais aussi de liaisons satellites ou d'autres formes de réseaux «wireless»⁵⁰. Si l'on s'en tient à la définition de la radiodiffusion telle

45. Cass., 26 septembre 1996, *I.R.D.I.*, 1997, p. 172, note H. VANHEES, ainsi que Cass., 30 janvier 1998, *A. & M.*, 1998, p. 224, note N. IDE et A. STROWEL. Ces deux arrêts sont, à raison, vivement critiqués par A. PUTTEMANS («Tout acte rendant une œuvre perceptible par des tiers n'est pas nécessairement une 'communication au public' de cette œuvre», *A. & M.*, 2000, p. 207). Dans le même sens, voy. égal. Cass., 8 octobre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 289, à propos d'un club de football.

46. Cass., 18 février 2000, *A. & M.*, 2000, p. 290. Dans le même sens, l'arrêt *Coditel* (Cass., 3 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 8) estime que les copropriétaires ont entre eux un lien d'intimité qui implique que la captation en commun d'émissions de télévision par l'intermédiaire d'une antenne collective est une communication privée (voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 89, n° 62).

47. F. de VISSCHER et B. MICHAUX, op. cit., p. 123, n° 148.

48. A. BERENBOOM, «Le droit d'auteur – Chronique de jurisprudence (1994-2000)», *J.T.*, 2002, p. 677, n° 11.

49. A. PUTTEMANS, op. cit., p. 209, n° 7.

50. Comité permanent OMPI du droit d'auteur et des droits connexes, *La protection des organismes de radiodiffusion*, op. cit., p. 11, n° 47.

qu'exposée dans les Conventions de Berne et de Rome et dans les Traités OMPI, on ne peut assimiler le *webcasting*, c'est-à-dire la diffusion sur l'internet, à de la radiodiffusion pure et simple, cette dernière notion étant en effet limitée dans ces textes aux techniques de communication sans fil⁵¹. Les programmes radios qui sont diffusés en *streaming* sur Internet transitent donc indifféremment « par fil » ou « sans fil » sans pouvoir déterminer à l'avance le chemin que va suivre tel ou tel flux de données, ce qui ne va pas sans poser d'épineux problèmes au niveau juridique... et qui atteste de la désuétude de certains textes légaux à l'heure de la convergence des médias.

Ensuite, il y a lieu d'examiner si les conditions d'application du droit exclusif de mise à disposition sont respectées. Conformément aux Traités OMPI, il faut vérifier dans chaque hypothèse de *webcasting* si l'accès au contenu diffusé peut être réalisé « de l'endroit » et « au moment » choisi par l'auditeur⁵², en gardant à l'esprit que ces deux conditions sont cumulatives. En conséquence, l'interactivité au sens des Traités OMPI doit s'apprécier au regard des possibilités d'accès qui sont offertes

à l'utilisateur, et non au niveau de l'interactivité technique. En effet, techniquement, toutes les formes de transmission sur Internet peuvent être qualifiées d'interactives, puisqu'il s'agit toujours de machines qui communiquent l'une avec l'autre via un réseau⁵³. Cependant, cela ne signifie pas que tout utilisateur puisse avoir accès au contenu qu'il désire écouter « de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». L'accès à Internet peut se faire à partir de n'importe quelle machine connectée au réseau, et le choix de l'endroit à partir duquel on accède à un contenu sera donc toujours libre⁵⁴. Par contre, l'utilisateur n'a pas toujours le choix quant au moment auquel il accède à une information précise. Il en est ainsi pour le *webcasting*, qui présente de nombreux modèles d'accès différents: certaines webradios diffusent des programmes prédéterminés sur lesquels l'auditeur n'a aucune emprise, tandis que d'autres offrent de nombreuses possibilités d'écoute « à la carte »⁵⁵. Tout dépendra en fait du service auquel il a accès, et des fonctionnalités qui lui sont offertes, ce qui implique sur le plan juridique que certaines formes dépendront du droit de mise à disposition, et d'autres du droit de communication⁵⁶.

51. *Contra*: B. AALBERTS et H. BANNINK, « Internet kills the radiostar », *AMI*, 2001, p. 103. La Commission européenne a également proposé d'étendre la notion de radiodiffusion aux techniques de transmission par fil (voy. la proposition au Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI soumise par la Commission européenne et ses États membres, doc. SCCR/6/2 du 3 octobre 2001).

52. Art. 8 WCT; art. 10 et 14 WPPT.

53. Doc OMPI, p. 13, n° 56.

54. Pour que le droit exclusif de mise à disposition s'applique, il n'est pas nécessaire que l'accès à un contenu donné soit possible à partir de n'importe quelle machine. Il peut aussi y avoir mise à disposition dans des hypothèses où l'accès est plus limité, par exemple dans le cas de réseaux intranets ou de CD-ROM accessibles au sein d'une université, d'une entreprise, d'une bibliothèque ou d'une école (voy. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 111, n° 20, p. 340, n° 14 et p. 372, n° 13).

55. Précisément, on distingue habituellement *webcasting* (diffusion par Internet) et *simulcasting* (diffusion simultanée par Internet et par la voie hertzienne). Cette distinction, qui n'a pas vraiment d'influence sur le plan juridique, atteste toutefois du niveau d'interactivité: en cas de *simulcasting*, il est impossible « d'avoir accès au moment choisi individuellement », puisqu'il s'agit de diffusion de programmes radio « classiques », qui ne permet pas à l'auditeur de choisir ce qu'il veut écouter. Par exemple, c'est ce que radio Campus Bruxelles (<http://www.ulb.ac.be/assoc/radio-campus/index.html>), radio Urgent à Gand (<http://urgent.rug.ac.be/>) les radios de la RTBF (<http://www.rtbf.be/>) ou de la VRT (<http://www.vrt.be/>) proposent. Parmi d'autres modèles, certaines radios ne diffusent leurs programmes que sur Internet selon une programmation prédéterminée (p. ex.: <http://www.tigersushi.com/>), tandis que d'autres radios offrent un certain nombre de « channels » et de « subchannels » permettant à l'auditeur de sélectionner un genre musical précis, voire même un artiste précis (p. ex.: <http://www accuradio.com/>). Certaines radios ne diffusent également que par voie hertzienne, tout en offrant via le net un accès à des archives de leurs anciennes émissions (<http://www.fmbssl.be/>). Cette dernière technique tient cependant plus souvent du téléchargement pur et simple que du *streaming*, et elle sort donc du cadre du *webcasting*.

56. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 109, n° 20, p. 339, n° 14 et p. 370, n° 13.

Si l'on croise ces deux types d'éléments techniques, on aboutit à une typologie qui divise le *webcasting* en quatre grandes catégories :

- le *webcasting* par fil, qui ne permet pas d'opérer un choix quant à l'endroit et/ou au moment auquel on accède au contenu. Seraient visées ici les webradios qui diffusent leurs programmes sur Internet via un réseau câblé, et dont les programmes sont prédéterminés (à savoir, les formes de *simulcasting*, de *webcasting on-demand* ne permettant pas faire des choix pointus). Les hypothèses appartenant à cette catégorie seront reprises ci-après sous le terme de « *webcasting par fil* » ;
- le *webcasting* sans fil, qui ne permet pas d'opérer un choix quant à l'endroit et/ou au moment auquel on accède au contenu. Seraient visées ici les webradios qui diffusent leurs programmes sur Internet par la voie aérienne et dont les programmes sont également prédéterminés. Les hypothèses appartenant à cette catégorie seront reprises ci-après sous le terme de « *webcasting sans fil* » ;
- le *webcasting* par fil, qui permet d'opérer un choix quant à l'endroit et/ou au moment auquel on accède au contenu. Seraient visées ici les webradios qui diffusent leurs programmes sur Internet via un réseau câblé, et qui offrent à l'auditeur la possibilité de faire un choix assez précis du programme écouté (selon le genre musical, l'artiste, le titre ou le genre de l'émission...). Les hypothèses appartenant à cette catégorie seront reprises ci-après sous le terme de « *webcasting interactif par fil* » ;

- le *webcasting* sans fil, qui permet d'opérer un choix quant à l'endroit et/ou au moment auquel on accède au contenu. Seraient visées ici les webradios qui diffusent leurs programmes sur Internet par la voie aérienne, et qui offrent également à l'auditeur la possibilité de faire un choix assez précis du programme écouté. Les hypothèses appartenant à cette catégorie seront reprises ci-après sous le terme de « *webcasting interactif sans fil* ».

Une fois cette typologie établie, il importe d'identifier celui ou celle qui procède à l'acte de communication. Cette question doit être posée à chaque étape de la communication, c'est-à-dire, dans le cas précis du *webcasting*, chaque fois qu'un nouveau public a accès au programme diffusé. En principe, sur Internet, chaque intermédiaire (c'est-à-dire les webradios, les sociétés de télécommunication détentrices des câbles, des satellites, des antennes par lesquelles transite l'information) pose un acte de communication. Cependant, depuis le Traité de l'OMPI, une partie de ces intermédiaires bénéficie d'une exemption en vertu de la déclaration commune à l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur (*cf. supra*). Les conséquences de cette exemption sont examinées en détail ci-après.

Pour terminer, il convient de se poser la question de savoir si le *webcasting* est bien une communication *au public*. Les textes internationaux ou européens ne donnant pas de définition de la « communication au public » et renvoyant expressément aux lois nationales, il faut donc se référer à la loi belge. En raison des critères dégagés par la jurisprudence et examinés ci-dessus, le *webcasting* sera considéré comme une communication au public,

chaque fois que la diffusion a lieu en dehors du cercle de famille. Ceci est assez fréquent en pratique puisque le plus souvent, le *webcasting* s'adresse à un nombre indéterminé de personnes, Internet étant potentiellement accessible à tous. En effet, dans la majorité des cas, la diffusion a lieu en dehors du cercle de famille, ou même «d'un groupe qui est réellement fermé et uni par un lien social particulier»⁵⁷.

2. Qualification juridique du *webcasting*

Au niveau international, les articles 11, § 1, 2°, et 11^{ter}, § 1, 2°, de la Convention de Berne qui visent la transmission publique «par tous moyens» (pour autant qu'il ne s'agisse pas de radiodiffusion – *cf. supra*) d'une représentation, d'une exécution ou d'une récitation, sont pleinement applicables dans le cadre de réseaux numériques⁵⁸. Le *webcasting* par fil relève du droit exclusif de l'auteur en vertu des articles 11, § 1, 2°, et 11^{ter}, § 1, 2°, de la Convention de Berne (transmission publique d'une représentation, d'une exécution ou d'une récitation). De même, le *webcasting* sans fil tombe sous le coup de l'article 11^{bis} de la Convention (radiodiffusion d'une œuvre littéraire ou artistique). Cependant, rien n'indique que ces articles s'appliquent aux transmissions interactives dont fait partie le *webcasting* interactif. En effet, tous ces articles de la Convention de Berne ont été rédigés dans un contexte précis, assez éloigné des réseaux numériques et de la livraison de contenu «on-demand».

Depuis l'adoption de l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur, il apparaît clairement que le *webcasting* par fil ou sans fil, qu'il soit interactif ou non, dépend du droit exclusif de l'auteur. En effet, cet article vise tout type de communication («par fil ou sans fil»), en ce compris la mise à disposition d'œuvres protégées. De plus, l'existence d'un acte de communication est examinée dans le chef du diffuseur (en d'autres termes, de la *webradio*), et non dans le chef du fournisseur des installations grâce auxquelles la diffusion a lieu (en d'autres termes, les entreprises de télécommunication qui détiennent le réseau). À l'égard de ces derniers en effet, l'application du droit de communication est écartée en vertu de la déclaration commune à l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur.

L'application des dispositions de la Convention de Rome au *webcasting* est assez malaisée, puisque la Convention ne prévoit aucun droit exclusif à part entière en faveur des interprètes et des producteurs (*cf. supra*). Ceux-ci ont cependant droit à une rémunération équitable en vertu de l'article 12 de la Convention, pour autant qu'il s'agisse d'une radiodiffusion (c'est-à-dire une communication «sans fil») impliquant une utilisation directe du phonogramme (ce qui exclut les retransmissions du champ de cet article). Le *webcasting* sans fil répondant à la condition d'utilisation directe pourrait donc entrer dans le champ de cet article. Pour le reste, aucune autre protection n'est apportée aux interprètes et aux producteurs par la Convention de Rome.

57. F. de VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 123, n° 148. Voy. égal. Th. DESURMONT, «Qualification juridique de la transmission numérique», *R.I.D.A.*, n° 70, octobre 1996, p. 71 : «Dans de nombreux cas, le fait que la communication s'adresse bien à un public ne prête pas véritablement à discussion, les programmes et œuvres qui y figurent s'adressant à un nombre indéfini de personnes, cela restant le cas alors même que le programme n'est accessible que sur abonnement ou moyennant paiement à la demande puisque, en ce cas, toute personne désireuse d'y avoir accès le peut dès lors qu'elle accepte d'en payer le prix».

58. M. FICSOR, *op. cit.*, p. 157, n° 4.19.

Par contre, l'article 6 du Traité O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes accorde un droit exclusif que les interprètes peuvent invoquer face au *webcasting*, par fil ou sans fil. Toutefois, ce droit ne vaut qu'à l'égard des interprétations et exécutions qui n'ont fait l'objet ni d'une fixation, ni d'une radiodiffusion préalable. *A contrario*, une interprétation ou une exécution qui a fait l'objet d'une transmission préalable par fil dépendra toujours du droit exclusif consacré par l'article 6, ce qui paraît étrange dans le contexte d'Internet, puisqu'on ne voit pas en quoi la différence de vecteur (par fil – sans fil) justifie une différence de traitement. En effet, sur Internet, les exploitations par fil ou sans fil sont équivalentes en ce sens qu'elles n'ont aucune influence sur l'ampleur de la diffusion. Cette distinction (radiodiffusion préalable – transmission préalable) imposée par l'article 6 n'a donc que peu de sens dans le cadre des réseaux numériques.

En résumé, il faut donc obtenir l'autorisation de l'interprète dans les cas suivants :

- captation et retransmission (*webcasting* par fil ou sans fil) d'une interprétation ou une exécution «live» ;
- retransmission (*webcasting* par fil ou sans fil) d'une interprétation ou une exécution «live» à partir d'une transmission d'origine par fil.

En cas de diffusion sur Internet (*webcasting* par fil ou sans fil) d'une fixation, c'est-à-dire d'un disque, la rémunération équitable prévue par l'article 15 du Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes devra être versée à l'interprète et au producteur dont l'interprétation ou le phonogramme est diffusé. Il faut donc se poser

la question de l'articulation entre l'article 6 et l'article 15 du Traité dans le cadre de la diffusion sur Internet. Faut-il en effet examiner l'existence d'un acte de communication dans le chef de chaque intermédiaire ? En d'autres termes, une société de télécommunication fait-elle de la retransmission lorsqu'elle relaie le programme émis par une webradio ? Une webradio qui transmet un concert (une exécution «live») devra obtenir l'autorisation de l'interprète, mais qu'en est-il des intermédiaires «en aval» ? Doivent-ils payer une rémunération équitable (si la transmission d'origine a eu lieu par fil) ou obtenir eux aussi l'autorisation de l'interprète (si la transmission d'origine a eu lieu sans fil), alors qu'il ne posent pas véritablement d'acte de communication ? Aucune disposition comparable à la déclaration commune à l'article 8 WCT («la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au sens du présent Traité») n'est contenue dans le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Cependant, pour des raisons pratiques et en raison du nombre d'intermédiaires sur Internet, il semble plus approprié d'appliquer aux articles 6 et 15 du Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes le même type de dispense que celle contenue dans la déclaration commune à l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur⁵⁹.

Enfin, concernant les interprètes et les producteurs, les cas de *webcasting* interactif avec ou sans fil sont couverts par les articles 10 et 14 du Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes qui, à l'instar de l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur, accordent un «droit exclusif d'autoriser la mise à disposition du public (...) de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogramme».

59. M. FICSOR, op. cit., p. 509, n° C8.24.

La portée générale du droit de communication contenu dans la loi belge relative au droit d'auteur accorde un droit exclusif à l'auteur, quel que soit le vecteur par lequel le *webcasting* a lieu (par fil ou non). De même, depuis l'arrêt «Central Station», et l'inclusion des transmissions «à la demande» dans le champ du droit exclusif de communication, l'autorisation de l'auteur est également requise concernant les hypothèses de *webcasting* interactif.

En matière de droits accordés aux interprètes et aux producteurs, la loi belge prévoit un système basé sur la distinction «par fil» ou «sans fil». Le *webcasting* par fil, qu'il soit interactif ou non, sera du ressort du droit exclusif de communication contenu aux articles 35, § 1^{er}, alinéa 3, et 39, alinéa 4, de la LDA, qui est interprété de manière large, et de l'article 51 qui accorde un droit exclusif en cas de retransmission par câble. Ces articles seront d'ailleurs complétés du droit exclusif de mise à disposition instauré par l'article 3 de la directive «droit d'auteur»⁶⁰.

Le *webcasting* sans fil, qu'il soit interactif ou non, tombe par contre dans l'hypothèse prévue par l'article 41, pour autant qu'il ait lieu à partir d'une prestation licitement reproduite ou radiodiffusée (sans quoi, il dépend du droit exclusif exposé au paragraphe précédent). Cependant, l'intégration prochaine de l'article 3 de la directive «droit d'auteur» devrait changer la donne en ce qui concerne le *webcasting* interactif sans fil. En effet, cet article prévoit «le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil», hypothèse dont le *webcasting* fait assurément partie.

À nouveau, il convient de faire la même remarque que pour le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes: quelle est la justification d'une différence de traitement (droit exclusif – rémunération équitable) qui s'applique en fonction du vecteur (par fil – sans fil) dans le cadre d'un réseau comme Internet, qui mélange communication par fil et sans fil?

4. Conclusion

L'évolution de la technique joue le rôle de révélateur face au droit car elle met en avant les failles éventuelles d'un système juridique. Selon les cas, ces failles sont plus ou moins nombreuses et sont d'une importance assez variable. À cet égard, le *webcasting* joue le rôle de révélateur de la capacité d'adaptation du droit de communication aux nouvelles technologies.

Il montre en effet à quel point certains textes légaux ont «mal vieilli» et se

rèvelent inadaptés, sans doute à cause de la volonté de leurs rédacteurs de coller à tout prix à un certain état de la technique. Ainsi, c'est sans doute le principal tort de la Convention de Berne, dont l'esprit repose sur un découpage extrêmement fin des techniques de communication en cours à l'époque de ses différentes révisions. De ce fait, à chacune des étapes du processus de communication correspond une disposition prévoyant le régime juridique qui lui sera applicable⁶¹. Cette démarche

60. B. MICHAUX, «Webcasting ou diffusion musicale sur internet: licence obligatoire ou droit exclusif des titulaires de droits voisins?», A. & M., 2002, p. 482, n° 8.

61. Voy. la multiplication des articles traitant du droit de communication dans la Conv. de Berne (art. 11, 11bis, 11ter, 14 et 14bis), couvrant chacun des actes et des œuvres différents.

systématique peut donner l'impression d'une certaine rationalité, mais elle atteste surtout du manque de recul par rapport à la technologie, et le temps a pour effet de rendre ces textes assez rapidement obsolètes.

Face au droit de communication morcelé et incomplet de la Convention de Berne, la réaction a été d'adopter un droit général de communication dans le cadre du Traité sur le droit d'auteur (art. 8), infiniment plus apte à prendre en compte les techniques modernes de communication, à commencer par le *webcasting*. Grâce à sa formulation générale et technologiquement neutre, cet article a donc encore de beaux jours devant lui... Dans le même sens, il faut signaler le droit de communication tel que contenu dans la loi sur le droit d'auteur. Ce droit, formulé de manière encore plus générale que l'article 8 du Traité, lui donne une souplesse extrême. La preuve en est qu'il fut adopté bien avant le Traité, et grâce à une interprétation jurisprudentielle progressiste, il continue de passer sans difficultés au travers de l'évolution technologique, en résistant notamment à l'arrivée des communications «à la demande»⁶².

Le *webcasting* joue également le rôle de révélateur face à l'inadéquation de la rémunération équitable, qui est mise à mal depuis l'arrivée d'Internet, réseau de réseaux, qui mélange joyeusement transmissions par fil et sans fil. Cette distinction reposait autrefois sur une logique économique qui repose sur les concepts de marché primaire (la vente de supports musicaux) et de marché secondaire (la diffusion de musique à la radio). Internet, qui offre de la musique en ligne à profusion, notamment

via les webradios, fait voler en éclat cette articulation marché primaire/marché secondaire. Depuis la Convention de Rome en 1961, le contexte de l'exploitation musicale a radicalement changé. Internet et les possibilités de copies faciles et «à l'identique» ont profondément remis en cause ce modèle économique. Faut-il y voir une évolution négative? Oui, dans le sens où se propage l'idée que «tout ce qui est sur Internet est gratuit», ce qui fait beaucoup de tort à l'équilibre que le droit d'auteur tente de faire respecter entre les auteurs et la société. D'un autre côté, ces nouveaux outils offrent les moyens d'une diffusion plus large que jamais, et il ne faut pas tuer cette formidable opportunité d'avoir accès à une foule d'œuvres artistiques en quelques clics de souris.

Pour ce faire, il faut repenser l'équilibre qui est à la base du droit d'auteur, en veillant, d'une part, à sauvegarder les droits qu'ont les auteurs et les auxiliaires de la création face à l'exploitation de leur travail, et, d'autre part, à permettre à ces nouveaux modes de diffusion de se développer. Plusieurs pistes sont possibles. Ainsi, conformément à ce qui est proposé par la Commission européenne, on peut étendre la notion de radiodiffusion aux techniques de transmission par fil afin de mieux prendre en compte le *webcasting*⁶³. Une telle redéfinition ne risque-t-elle cependant pas de rendre encore plus floues les limites de la radiodiffusion? De plus, on peut se permettre de douter de l'applicabilité de cette éventuelle redéfinition en droit belge⁶⁴.... Une autre solution, plus sage, vient du Royaume-Uni: à l'occasion de la transposition de la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur, il a été précisé dans la légis-

62. Voy. l'arrêt «Central Station», cité *supra*, note 37.

63. Voy. la proposition au Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI soumise par la Commission européenne et ses États membres, doc. SCCR/6/2 du 3 octobre 2001.

64. B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 480, n° 2.

lation relative au droit d'auteur que les activités de *webcasting* qui ne sont pas interactives sont assimilées à de la radiodiffusion⁶⁵.

Quoi qu'il en soit, il est urgent d'engager une réflexion impliquant tous les

intervenants (artistes, radios, sociétés de gestion, utilisateurs, etc.), afin de favoriser la circulation des œuvres artistiques et de rendre au droit d'auteur une image qui soit aussi positive que possible.

65. Copyright, Designs and Patents Act 1988, art. 6. Voy. M. HART et S. HOLMES, «Implementation of the copyright directive in the United Kingdom», *EIPR*, Vol. 26, n° 6, 2004, pp. 254-257.